

**Ungleiches Entgelt für Leiharbeitnehmer und Stammarbeitskräfte als  
mittelbare Diskriminierung?**

**Rechtsgutachten**

erstattet im Auftrage der Hans-Böckler-Stiftung

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## **I. Die Fragestellung**

Die unterschiedlichen Tarifentgelte für Leiharbeitnehmer und Stammbeschäftigte sind dann ohne praktische Bedeutung, wenn diese Differenzierung eine mittelbare Diskriminierung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG darstellt. Nach § 3 Abs.2 AGG ist hierfür Voraussetzung, dass dem Anschein nach neutrale Differenzierungen (wie z. B. das Abstellen auf Leiharbeit bzw. die Existenz eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses zum Entleiher) Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können – es sei denn, dies wäre „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel (wären) zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“ Zunächst wird es also um die potentiell betroffenen Merkmalsträger (unten II), dann um die Möglichkeit der Benachteiligung (unten III) und schließlich um die Berechtigung der Differenzierung gehen (unten IV).

## **II. Das Geschlecht als betroffenes Merkmal**

Leiharbeitnehmer bestehen zu ca. drei Vierteln aus Männern, nur zu etwa einem Viertel aus Frauen. Statistische Angaben variieren, bewegen sich aber um diesen „Richtwert“.

Der Anteil der Männer beträgt 76 %, der der Frauen 24 %, mitgeteilt in Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit (ANBA) vom 24.8.2008, zitiert nach Däubler/Bertzbach-Dette § 7 Rn 116; im Bezirk Niedersachsen-Bremen belief sich am 31.12.2006 der Anteil der Männer auf 78,36 %, der der Frauen auf 21,63 % (mitgeteilt bei <http://nds-bremen.verdi.de>). Im Juni 2007 betrug sich im Bundesgebiet das Anteil der Männer 74,15 %, der der Frauen 25,84 %. Im 10. Erfahrungsbericht der Bundesregierung über die Anwendung des AÜG ist für das Jahr 2004 von 73 % Männern und von 27 % Frauen die Rede (Presseerklärung des DGB vom 31.1.2005).

Bei den Erwerbstätigen insgesamt ist die Verteilung sehr viel „egalitärer“. Nach einer Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts vom 20.1.2004 belief sich der Anteil der Männer an den 38,279 Mio unselbständig Erwerbstätigen im Jahre 2003 auf 53,13 %, der der Frauen auf 46,87 %. Nach dem Mikrozensus setzten sich im Jahresdurchschnitt 2005 die Gruppen der Beamten, Angestellten und Arbeiter zu 53,58 % aus Männern und zu 46,42 % aus Frauen zusammen.

Mitgeteilt in Statistisches Jahrbuch 2006, 82

Der Unterschied ist so erheblich, dass in die zweite Stufe der Prüfung eingetreten werden kann. Zu anderen Merkmalen wie etwa zur ethnischen Zugehörigkeit sind keine Daten verfügbar.

### **III. Mögliche Benachteiligung**

Ob in besonderem Maße Männer durch die Schlechterstellung von Leiharbeitnehmern benachteiligt sind, kann, muss aber nicht über statistische Daten belegt werden. Das AGG lässt wie die zugrunde liegenden EG-Richtlinien auch andere plausible Erwägungen zu.

Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn 40; v. Roetteken § 3 Rn 209; ErfK-Schlachter § 3 AGG Rn 8; Schiek NZA 2004, 873, 875; anders Meinel-Heyn-Herms, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2007, § 3 Rn 21

Im konkreten Zusammenhang scheint einzig der statistische Vergleich zielführend zu sein.

Lässt sich die Behauptung aufstellen, in der schlechter gestellten Gruppe der Leiharbeitnehmer seien die Männer zu einem „deutlich höheren“ Prozentsatz vertreten? Da die Benachteiligung auf den bundesweit geltenden Tarifverträgen beruht, muss sich der Vergleich auf die Gesamtheit der Leiharbeitnehmer auf der einen und die Gesamtheit der abhängig Erwerbstätigen auf der anderen Seite erstrecken. Zu fragen ist deshalb, ob ca. 75 % „deutlich mehr“ als 53,3 % sind. Der EuGH hat ein Verhältnis von 77,4 % Männer zu 68,9 % Frauen nicht genügen lassen,

EuGH 9.2.1999 C-167/07, EuGH 1999, I-623 – Seymour Smith and Perez

doch ist der Abstand im konkreten Fall gut doppelt so groß. Auch ist zu berücksichtigen, dass der statistische Nachweis heute keinen exklusiven Charakter mehr besitzt, so dass auch schon

geringere Unterschiede eine Benachteiligung möglich erscheinen lassen. Allerdings sind dann die Anforderungen an die Rechtfertigung entsprechend geringer.

Schlachter, Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, in: Richardi, Reinhard und Reichold, Hermann (Hrsg.), Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht. Wolfgang Blomeyer zum Gedenken, München 2003, S. 355, 358; Däubler, Was bedeutet „Diskriminierung“ nach neuem Recht? ZfA 2006, 479, 487

Vergleicht man die Gesamtheit der Leiharbeitnehmer mit der Gesamtheit der abhängig Beschäftigten, so ist es ohne Bedeutung, dass im einzelnen Betrieb die Verhältnisse durchaus ausgewogen sein mögen, der Männeranteil in beiden Gruppen beispielsweise bei 80 % liegt. Entscheidend ist, ob die „Normgeber“ in dem Bereich, den sie mit ihren Tarifverträgen erreichen, mittelbar diskriminieren.

Vgl. dazu auch Schiek, in Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 3 Rn 41: Die Benachteiligung wegen Elternzeit hatte im Betrieb 4 von 282 männlichen und 4 von 58 weiblichen Beschäftigten getroffen. Die niederländische Gleichstellungskommission stellte dennoch auf landesweite Statistiken ab, wonach sehr viel mehr Frauen nachteilig betroffen sind.

Liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, sind die Tarifverträge nach § 7 Abs.2 AGG insgesamt unwirksam; in diesem Fall würde der Equal-pay-Grundsatz zur Geltung kommen.

Die größte Bedeutung kommt im konkreten Fall der Frage zu, ob sich die Leiharbeitnehmer überhaupt mit den übrigen abhängig Beschäftigten vergleichen lassen, weil die Normgeber jedenfalls auf Arbeitgeberseite unterschiedliche sind.

Auf diese Problematik verweisen auch Rebhahn, in: Rebhahn § 1 Rn 27 und Däubler/Bertzach-Dette § 7 Rn 116a

Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt keine Benachteiligung im Rechtssinne vor, wenn die ungleichen Arbeitsbedingungen aus verschiedenen Quellen stammen, wenn sie nicht ein-

und denselben Ursprung haben. In einem solchen Fall fehle eine Stelle, die für die Ungleichheit verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wieder herstellen könnte.

So EuGH 17.9.2002 – C-320/00 – NZA 2002, 1144 Tz 18 – Lawrence; EuGH 13.1.2004 – C-256/01 – NZA 2004, 201 Tz 46 - Allonby

Aus diesem Grund hat es das BAG für unbedenklich erklärt, dass Beamte und Angestellte des öffentlichen Dienstes bei gleicher Arbeit unterschiedlich bezahlt und dadurch Frauen mittelbar diskriminiert werden, weil die Arbeitsbedingungen der Beamten durch den Gesetzgeber, die der Angestellten durch die Tarifparteien festgelegt werden.

BAG 6 AZR 633/01 – NZA 2003, 1286

Bei der Leiharbeit sind die Verhältnisse andere. Durch den Equal-pay-Grundsatz hat der Gesetzgeber selbst dafür gesorgt, dass Stammbeschäftigte und Leiharbeitnehmer wie eine einheitliche Gruppe behandelt werden. Würden sich tarifliche oder sonstige Arbeitsbedingungen, die für die „Normalarbeitnehmer“ gelten, als diskriminierend herausstellen, ließe sich dies mit automatischer Wirkung auch für die Leiharbeitnehmer korrigieren. Insoweit gibt es eine einheitliche verantwortliche und zur Korrektur befähigte Stelle (Tarifparteien, Gesetzgeber). „Verabschieden“ sich nun die Tarifparteien der Verleihbranche aus dieser einheitlichen Ordnung, so dürfen sie dies nicht in diskriminierender Weise tun. Anders als unabhängigen Tarifparteien einzelner Branchen, die gleiche Arbeit trotz diskriminierender Wirkung ungleich behandeln dürfen, ist ihnen ein bestimmter rechtlicher Rahmen vorgegeben.

Ebenso im Ergebnis Däubler/Bertzbach-Dette § 7 Rn 116 ff. und bei einheitlicher Personalpolitik im Unternehmen oder Konzern Rebhahn, in: Rebhahn, § 1 Rn 27

Im Ergebnis wird dadurch auch ein Beitrag dazu geleistet, dass das Ziel des Art. 141 EG-Vertrag (vormals Art. 119 EG-Vertrag) erreicht wird, der Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur auf der Ebene der einzelnen Unternehmen, sondern auch auf der ganzen Gewerbebranche und der gesamten Wirtschaft verhindern will.

So ausdrücklich eine (selten zitierte) Passage in EuGH 8.4.1976 – Rs. 43/75 –  
NJW 1976, 2068, 2069 linke Spalte – Defrenne II

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass durch die Tarifverträge der  
Leiharbeitsbranche Männer in besonderer Weise benachteiligt werden.

#### **IV. Rechtfertigung der Differenzierung?**

##### **1. Gesetzliche Anforderungen**

Die unterschiedliche Wirkung ist nach § 3 Abs.2 AGG nicht zu beanstanden, wenn sie durch  
ein „rechtmäßiges Ziel“ sachlich gerechtfertigt ist und dabei das Verhältnismäßigkeitsprinzip  
gewahrt bleibt. Insoweit handelt es sich der rechtlichen Konstruktion nach um  
Tatbestandsausschlussmerkmale, nicht um Rechtfertigungsgründe.

Allgemeine Meinung. S. bereits BAG 3 AZR 490/87, NZA 1990, 25; aus der Literatur  
s. etwa Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn 53; Meinel-Heyn-Herms, § 3  
Rn 23

Das verfolgte „Ziel“ darf weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierenden Charakter  
haben, sondern muss insoweit „neutral“ sein.

EuGH 20.3.2003 – C-167/00 – NZA 2003, 506 Tz 50 – Kutz-Bauer; ebenso in der  
Literatur ErfK-Schlachter § 3 AGG Rn 9; Däubler ZfA 2006, 479, 488; v. Roetteken  
§ 3 Rn 297

Auch kann es nach allgemeiner Auffassung nicht darin bestehen, lediglich Kosten zu sparen.  
Soweit das gewollt ist, muss dieses Ziel ohne diskriminierende Wirkungen verfolgt werden.

EuGH 20.3.2003 – C-187/00 – NZA 2003, 506, 508 Tz 59 – Kutz-Bauer; ebenso  
bereits EuGH Slg. 2000 I-2467 – Jorgensen. Aus der Literatur  
Nollert-Borasio/Perreng, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Basiskommentar zu  
den arbeitsrechtlichen regeln, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2008, § 3 Rn 21; v. Roetteken  
§ 3 Rn 310

Stehen durch Tarifvertrag bewirkte Benachteiligungen zur Debatte, so kommt den Tarifparteien bezüglich des „Rechtfertigungsgrundes“ eine begrenzte Einschätzungsprärogative zu,

Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 265; Meinel-Heyn-Herms § 3 Rn 24

doch geht diese niemals so weit, dass allein die autonome Entscheidung der Tarifparteien schon für sich selbst eine ausreichende Rechtfertigung darstellen könnte.

EuGH 27.10.1993 – C-127/92 – NZA 1994, 797, 799 Tz 22 – Enderby

Die Maßnahme, die zu einer mittelbaren Benachteiligung (z. B.) wegen des Geschlechts führt, muss nicht nur einem legitimen Ziel dienen, sondern auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen, also geeignet, erforderlich und angemessen sein.

S. statt aller Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn 60; v. Roetteken § 3 Rn 296 ff.

Insbesondere darf es kein weniger „diskriminierendes“ Mittel geben, das zum selben Ergebnis führt; die Benachteiligung darf nicht weiter gehen als dies zur Erreichung des Zieles notwendig ist.

S. etwa Meinel-Heyn-Herms § 3 Rn 27

## **2. Anwendung auf die konkrete Fragestellung**

Wendet man diese Grundsätze auf die Leiharbeitstarife an, so wird mit ihnen sicherlich ein legitimes Ziel verfolgt: Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass es bei dieser Art Tätigkeit immer auch vermittlungsfreie Zeiten gibt, die vom Arbeitgeber zu bezahlen sind. Die Höhe der Vergütung richtet sich zwar in diesen Zeiträumen nicht nach dem Equal-pay-Prinzip, doch gelten die allgemeinen Grundsätze, die beispielsweise einen sittenwidrig niedrigen Lohn verbieten. Weiter dienen die Leiharbeitstarife dazu, das Einkommen zu verstetigen und damit

berechenbar zu machen; würde man allein auf den Einsatzbetrieb abstellen, könnten sich erhebliche und häufig nicht voraussehbare Schwankungen ergeben. Beide Ziele sind als legitim anzusehen; auch haben sie als solche weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierenden Charakter.

Die tarifliche Schlechterstellung der Leiharbeitnehmer lässt sich jedoch nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbaren. Eine Absenkung der Vergütung um durchschnittlich 40 % geht bei weitem über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele erforderlich ist.

An einer solchen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips scheiterte auch die Vorschrift des alten § 14 Abs.3 TzBfG, weil er ausnahmslos alle Arbeitnehmer ab dem Alter 52 erfasst hatte – dazu EuGH 22.11.2005 – C-144/04 – NZA 2005, 1345 – Mangold

Weder die verleihfreien Zeiten noch das Verstetigungsinteresse machen eine Differenzierung dieses Umfangs zulässig. Ob man 10 % oder 20 % für angemessen hält, mag unterschiedlich zu beurteilen sein; insoweit besteht eine Einschätzungsprärogative der Tarifparteien. Darüber aber um mehr als das Doppelte hinauszugehen, ist unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Würden die verleihfreien Zeiten ein sehr hohes Maß annehmen, wäre jederzeit eine betriebsbedingte Kündigung möglich,

zu ihren Voraussetzungen s. BAG 2 AZR 412/05 DB 2006, 1962 =  
AP Nr. 7 zu § 9 AÜG

die insoweit das weniger diskriminierende Mittel darstellt. Die Ausrichtung an einem „Branchendurchschnitt“ kann im Einzelfall durchaus erhebliche Unterschiede bewirken, doch müsste es diese dann auch zugunsten von Leiharbeitnehmern geben, die z. B. im Gebäudereinigungshandwerk eingesetzt werden – davon kann aber in der Praxis nicht die Rede sein.

## **V. Ergebnis**



Die Leiharbeitstarife verstoßen gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts. Nach § 7 Abs.2 AGG ist ihnen die Anerkennung zu versagen. Es gilt das Equal-pay-Prinzip nach §§ 3 Abs.1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG.